Al responder cite este número
DEF19-86-DOJ-2300

CONSEJO DE ESTADO
EL ANTERIOR MEMORIAL FUE PRESENTADO
ESTA SECRETARÍA
05 FEB 19
SECCIÓN SEGUNDA
EN 6 FOLIOS
Y ANEXOS

Bogotá D.C., 31 de enero de 2019

Doctor
PEDRO SIMÓN VARGAS SÁENZ
Conjuez Ponente, Sección Segunda
CONSEJO DE ESTADO
Ciudad

Asunto: Expediente No. **11001032500020160117300 (5250-2016).**
Medio de control de nulidad parcial de los Decretos 0382, 0382 y 0384 de 2013, 022 de 2014 y 1269 de 2015, relativos a la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y otros.
Actor: Juan Carlos Ismael Reyes Restrepo.
Contestación de la demanda.

Honorable señor Conjuez,

NÉSTOR SANTIAGO ARÉVALO BARRERO, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Justicia y del Derecho, en mi calidad de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18, numeral 6 del Decreto 1427 de 2017, y en ejercicio de la delegación de representación judicial conferida mediante la Resolución No. 0641 de 2012 por el Ministro de Justicia y del Derecho, presento contestación de la demanda en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

1. **Consideraciones de constitucionalidad y de legalidad de las disposiciones acusadas.**

El Ministerio de Justicia y del Derecho considera que la nulidad de los apartes acusados del artículo 1 de los Decretos 0382, 0382 y 0384 de 2013, 022 de 2014 y 1269 de 2015, por los cuales se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial, la Justicia Penal Militar, la Fiscalía General de la Nación, la Dirección Ejecutiva

de Administración Judicial y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial, por considerar que tales previsiones despojan del carácter salarial a la bonificación con la que se pretende nivelar la remuneración de los servidores respectivos, debe ser negada por cuanto no se configura la supuesta vulneración de las disposiciones superiores invocadas en la demanda y, en consecuencia, no se desvirtúa la presunción de constitucionalidad y de legalidad que pesa sobre las normas.

Lo anterior, se desprende del análisis efectuado al fundamento legal y a las razones de expedición de los actos administrativos demandados, referidos a la evolución histórica de la diferenciación de regímenes salariales y prestacionales existentes en la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar, lo cual ha dado lugar a las diferentes primas y bonificaciones creadas posteriormente, así como a los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia.

1.1. Antecedentes y justificación de la expedición de las normas acusadas.

En concordancia con lo señalado por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública[1], se considera que el Gobierno nacional dio cumplimiento a la revisión y nivelación salarial ordenada en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, mediante la expedición en su momento, de los Decretos 53 y 57 de 1993, por los cuales se fijó el régimen salarial y prestacional de los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar, respectivamente.

Así lo ha considerado la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 29 de noviembre de 2007, dentro del proceso 263-00, al señalar que con fundamento en la Ley 4 de 1992 se expidieron varios decretos fijando expresamente los salarios de los servidores de la Rama Judicial, en los cuales se otorga la posibilidad de escoger entre continuar con el anterior régimen salarial u optar por el nuevo sistema. Así, el Decreto 51 de 1993 contiene el régimen salarial para los empleados que no se acogieron al nuevo régimen y continuaron rigiéndose por lo dispuesto en las normas legales vigentes.

Adicionalmente, la nivelación salarial prevista en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 en el cual se dispuso la revisión del "sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad", no estaba sujeta a ningún referente porcentual para el ajuste de las asignaciones salariales de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

[1] Órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional.

mm.

De esta manera, el Gobierno nacional expidió los decretos mediante los cuales se generaron dos regímenes salariales para estos servidores (ordinario y), lo que llevó a que los empleados y funcionarios de la Rama Judicial se vieran beneficiados con incrementos que superaron el 100% del salario que devengaban para 1992.

Al respecto, se precisa, que con la expedición de tales regímenes se eliminó la dispersión de ingreso salarial mensual preexistente bajo el régimen anterior, nivelando las remuneraciones correspondientes a empleos de igual naturaleza y complejidad funcional, por lo cual es claro que el Gobierno nacional dio cumplimiento al mandato de nivelación salarial ordenado para los empleados de la Rama Judicial en la Ley 4 de 1992.

Lo anterior sumado a los beneficios salariales complementarios concedidos durante los últimos años como la prima de actividad judicial, la prima de productividad judicial y los ajustes al sistema de remuneración para funcionarios y empleados de la Rama Judicial, lo cual evidencia el esfuerzo del Gobierno por mejorar los ingresos de dichos servidores, a pesar de las restricciones presupuestales del Estado.

Sobre el particular, es preciso señalar, que el antecedente directo de la expedición de los Decretos 0382, 0382 y 0384 de 2013, demandados en esta oportunidad, fue el cese de actividades de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación que culminó el 6 de noviembre del mismo año con el Acta de Acuerdo en la que se decidió conformar una Mesa Técnica Paritaria con el fin de revisar la remuneración de tales servidores, para lo cual se dispuso la suma de un billón doscientos veinte mil millones ($1.220.000.000.000) de pesos m/cte., como cifra que sería distribuida en las vigencias fiscales del 2013 al 2018.

La distorsión salarial alegada en su momento, por los miembros de los sindicatos del sector justicia, se generaba no por el incumplimiento de la nivelación salarial ordenada por el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 que, como se anotó, ya había sido cumplida por el Gobierno nacional a través de los Decretos 53 y 57 de 1993, sino en la surgió de la bonificación por compensación establecida en el Decreto 610 de 19982 para los Magistrados de Tribunal frente a los demás empleados y funcionarios de la Rama Judicial, que hacía necesaria en su criterio una nueva intervención del Gobierno nacional.

Luego de las sesiones de los miembros designados para participar en la mesa y como resultado de los acuerdos alcanzados, las partes resaltaron que la distribución realizada garantizó los criterios de equidad, gradualidad y proporcionalidad de los ingresos totales

[2] Beneficio económico que hoy se encuentra regulado con el Decreto 1102 de 2012.

de los servidores, así como la jerarquía y complejidad funcional de los empleos, como consta en el Acta de Acuerdo del 6 de noviembre de 2012, la cual fue continuada mediante el Acta del 8 de enero de 2013, dando lugar a los siguientes decretos:

- Decreto 382 de marzo 6 de 2013, "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación".

- Decreto 383 de marzo 6 de 2013, "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar".

- Decreto 384 de marzo 6 de 2013, "Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial".

Con la expedición de los Decretos 0382, 0382 y 0384 de 2013, se atiende nuevamente la reducción de las brechas horizontales y verticales que se presentaron en los ingresos de los empleados y funcionarios de la Rama Judicial, causadas por modificaciones posteriores a la nivelación de 1993, ajustes que atienden el marco general de la política macroeconómica y fiscal, la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, es decir, las limitaciones presupuestales para cada organismo.

En ese sentido, una vez identificado el elemento que afectaba el equilibrio del sistema salarial, esto es la bonificación por compensación y su carácter especial, se desarrolla un elemento de similar naturaleza y pago mensualizado, con igual efecto frente al ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones y del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Este beneficio denominado bonificación judicial, que se instituye en el régimen salarial y prestacional de los servidores de la Rama Judicial y la Justicia Penal Militar, entre otros, inicialmente previsto para el personal cobijado por el régimen optativo, en garantía del derecho a la igualdad se extiende a los servidores que en su momento decidieron mantenerse en el denominado régimen ordinario.

Esta extensión se predica del derecho a obtener un ingreso igual total entre los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que desempeñan el mismo empleo.

1.2. Concordancia de las normas con la jurisprudencia constitucional.

Establece el artículo 1º de los Decretos 0382, 0383 y 0384 de 2013, que la bonificación judicial para los servidores de la Fiscalía, de la Rama Judicial, de la Justicia Penal Militar, de la Dirección Ejecutiva y de las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previsión que a juicio del demandante representa un retroceso en el sistema prestacional de los trabajadores y desconoce la jurisprudencia sobre la materia.

Ahora bien, sobre el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial establecido con fundamento en la Ley 4 de 1992, en particular, sobre el carácter salarial de prestaciones como la bonificación judicial, que ahora se establece en virtud de los actos demandados, ha tenido oportunidad de pronunciarse la Honorable Corte Constitucional a través de la sentencia C-244 de 2013.

En este fallo, la Corte realiza un recuento histórico de dicho régimen salarial y prestacional, para señalar que esta referencia resulta pertinente porque la determinación de la naturaleza jurídica de la denominada inicialmente "prima especial" y de su carácter prestacional puede tener efecto en las "bonificaciones" posteriormente creadas para remplazarla, de manera que lo que se diga sobre la naturaleza jurídica de la misma, también resulta aplicable respecto de la naturaleza jurídica de las "bonificaciones", ya que por sus características son fácilmente asimilables al salario.

Así lo señaló la Corporación en la mencionada sentencia:

"...Los pronunciamientos de la Corte: sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4a de 1992 y la cuestión de la cosa juzgada constitucional.

"La Corte Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre estos dos artículos de la Ley 4/92 que son, como hemos visto, piezas centrales de la política salarial y prestacional del Estado hacia la Rama Judicial. Estas normas han sido atacadas varias veces en el control abstracto de constitucionalidad. Del tono y sentido de las demandas, es fácil inferir que han sido demandadas desde visiones sensibles a los intereses y potenciales derechos del gremio judicial por no satisfacer las reglas mínimas de protección laboral e igualdad salarial que, en opinión de los reclamantes, garantiza la Constitución.

MN.

*"...**La primera ocasión donde la Corte estudió el tema** fue en la sentencia C-279/96. Como se recordará del recuento que se hizo en las páginas anteriores, el legislador había afirmado varias veces que la prima técnica no constituía factor salarial, ni en las normas generales que establecían la prima técnica, ni en las específicas que la aplicaban a la nivelación de ingresos del sector justicia.*

"...En este proceso se acusaban los artículos 14 y 15 de la Ley 4a al prever que la prima especial aplicable a los funcionarios allí contemplados no constituía factor salarial (en continuidad con lo idénticamente establecido en la Ley 60 de 1990 y los Decretos que la desarrollaron). La Corte Constitucional decidió en esa ocasión que la negación del carácter salarial a la prima especial allí concedida no violaba la Constitución Política.

"...Para sentar su posición, la Corte arranca desde premisas opuestas a las plasmadas por la demanda ciudadana de inconstitucionalidad: según la Corte, existe "el contrasentido evidente de las afirmaciones que censuran la creación de primas, en favor de ciertos trabajadores, por oponerse, presuntamente, a las reglas constitucionales que protegen el trabajo. Ninguna norma que tenga como efecto principal aumentar el ingreso disponible de un trabajador puede lesionar las reglas sobre protección especial al trabajo." La Corte acepta que el tratamiento ordinario del derecho laboral ha llevado a tratar las remuneraciones habituales como parte del salario. Pero señala que ello no necesariamente debe ser así, sino que tal decisión no es constitucionalmente imperativa, sino que cae dentro de la órbita de libertad de configuración del legislador.

*"...**En varias ocasiones, la Jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquél.***

*"...**Para la Corte Suprema, respaldada ahora por la Constitucional, "este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aun cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no***

existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter".

"De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional.

*"...**En una segunda intervención de la Corte Constitucional** en este idéntico tema, la Corte decidió en la C-052/99 estarse a lo dispuesto en la sentencia C-279/96 por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. En aquella ocasión, los demandantes propusieron argumentos de derecho social del trabajo similares a los desestimados por la Corte en su primera sentencia de 1996.*

***"La Corte asumió por tercera ocasión la constitucionalidad** de esta misma problemática en la sentencia C-681/03. La demanda vuelve a cuestionar la Ley 4a, pero apoyada ahora en la expedición de la Ley 332/96 en la que se desequilibró el régimen laboral y prestacional entre los funcionarios de los artículos 14 y 15. En la Ley 332/96, como hemos visto, se le dio carácter salarial únicamente a la prima especial recibida por los funcionarios del artículo 14, y solo en lo que tiene que ver con la cotización y liquidación de pensiones.*

"...Frente a esta situación la Corte Constitucional argumentó de dos formas paralelas: en primer lugar, reprochó la liquidación artificiosa de pensiones realizada a los magistrados del artículo 15 al incluírseles componentes remuneratorios propios de los Congresistas. Para resolver esto, urgió al Gobierno Nacional a realizar una revisión completa del régimen pensional de Magistrados del artículo 15 para que reflejara estrictamente los componentes de su propio régimen salarial. En segundo lugar, accedió a las pretensiones de

mm.

la demanda al encontrar que la Ley 332 no había tenido ningún motivo justificado al establecer una diferenciación entre los funcionarios del artículo 14 y los del 15. Así pues, la prima técnica también debía contar como factor salarial para los funcionarios del artículo 15 (siempre y cuando sus pensiones fueran liquidadas con los rubros propios de su cargo, y no con los de los Congresistas). ***Por esta vía, la Corte procedió a declarar inconstitucional la expresión "sin carácter salarial" del artículo 15, pero añadiendo en la parte decisoria de la sentencia que tal prima sólo tendría carácter salarial con relación a la cotización y liquidación de la pensión de jubilación de dichos funcionarios, y sin afectar las otras prestaciones sociales reconocidas por la ley.*** *Es esta determinación restrictiva de la interpretación del artículo 15 de la que actualmente está siendo debatida en el presente proceso por violar, según dice la demandante, principios cardinales del derecho social del trabajo establecidos, entre otros, en los artículos 25 y 53 de la CP.*

"Como resulta claro de este recuento, la demanda motivo del presente proceso de constitucionalidad en realidad está desafiando la interpretación restrictiva dada por la sentencia C-681/03 al declarar inexequible la expresión "sin carácter salarial" del artículo 15 de la Ley 4a. No vemos razones suficientes que permitan variar la cosa juzgada constitucional laboriosamente construida mediante los precedentes que se acaban de repasar. *Una nueva variación de la jurisprudencia en este sentido traería consecuencias altamente desfavorables para la estabilidad jurídica y podría llegar a afectar, una vez más, la liquidación de prestaciones sociales (incluso con efectos retroactivos), generando así una nueva ola de litigios y de incertidumbre en un área del derecho laboral administrativo que ya ha contado con una excesiva fragmentación normativa y jurisprudencial que las salas de conjueces han advertido en diversas ocasiones."* (Resaltado fuera del texto original).

Ahora bien, en el caso de la bonificación judicial creada en virtud de los Decretos 0382, 0383 y 0384 de 2013, resulta válido aducir los mismos argumentos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-244 de 2013 respecto del carácter salarial de la bonificación para efectos pensionales en términos semejantes a los establecidos en los actos demandados, según los cuales la bonificación judicial que se crea para los servidores de la Fiscalía, la Rama Judicial, la Justicia Penal Militar, la Dirección Ejecutiva y las Direcciones Seccionales de la Rama Judicial, constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

MN.

En tal evento, establecer un concepto diferente conllevaría a crear un trato discriminatorio frente a los otros servidores de la Rama Judicial en cuyo favor se han creado prestaciones similares con carácter salarial para efectos pensionales únicamente.

En ese sentido, los decretos demandados se encuentran en consonancia con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, modificado por la Ley 332 de 1996, al disponer que la revisión del sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación se hará atendiendo criterios de equidad.

Consecuencia de lo expuesto es que el Gobierno nacional ha dado estricto cumplimento y desarrollo a los mandatos contenidos en la Ley 4 de 1992, en especial el relativo a la nivelación salarial prevista para los empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar en el parágrafo del artículo 14 de la misma ley, sin que pueda afirmarse válidamente que se ha excluido de tales beneficios y aumentos salariales a ningún servidor público, ni se afecten los principios de igualdad y de progresividad de los derechos laborales dispuestos en dicha norma, conforme así quedó consignado en las Actas de Acuerdo de Nivelación Salarial referidas del 6 de noviembre de 2012 y del 8 de enero de 2013.

Con fundamento en las consideraciones expuestas la norma impugnada no resulta violatoria de las disposiciones superiores invocadas como vulneradas, razón por la cual la pretensión de nulidad debe ser negada.

2. Petición.

Por lo anteriormente expuesto, este Ministerio solicita respetuosamente al Honorable Consejo de Estado, por intermedio del Honorable Conjuez Ponente, negar la pretensión de nulidad del artículo 1º de los Decretos 0382, 0382 y 0384 de 2013, 022 de 2014 y 1269 de 2015 y, en su lugar, declarar dichas normas ajustadas a derecho.

3. Solicitud de acumulación de procesos.

Teniendo en cuenta que actualmente cursan en la Sección Segunda de la Corporación, cuarenta y cinco (45) procesos de nulidad contra los Decretos 0382, 0383 y 0384 de 2013, por los cuales el Gobierno nacional crea la bonificación judicial para los servidores de la Rama Judicial, la Justicia Penal Militar y otros, en los cuales se invocan las mismas razones de vulneración que en el presente proceso, con la finalidad de garantizar la

economía procesal y en aras a evitar decisiones contradictorias, solicito se decrete la acumulación de los diferentes procesos, al más antiguo identificado con el radicado **11001032500020130165600**, primero en el cual fue admitida la demanda el 3 de junio de 2014.

Los referidos procesos se encuentran radicados bajo los siguientes números:

11001032400020130046900	11001032500020160086300
11001032400020130047000	11001032500020160086400
11001032400020130047200	11001032500020160086500
11001032500020130049800	11001032500020160087200
11001032500020130064000	11001032500020160087300
11001032500020130072600	11001032500020160087400
11001032500020130076900	11001032500020160087500
11001032500020130090200	11001032500020160087600
11001032500020130107600	11001032500020160087800
11001032500020130165600	11001032500020160092900
11001032500020140038300	11001032500020160093800
11001032500020140074400	11001032500020160105000
11001032500020140125200	11001032500020160105100
11001032500020150027400	11001032500020160105200
11001032500020150030300	11001032500020160116700
11001032500020150037800	11001032500020160116800
11001032500020150085000	11001032500020160116900
11001032500020150092100	11001032500020160117000
11001032500020150094900	11001032500020160117100
11001032500020160082300	11001032500020160117200
11001032500020160086000	11001032500020160117300
11001032500020160086100	11001032500020170012400
	11001032500020170040900

nm.

4. Anexos.

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- Copia del aparte pertinente del Decreto 1427 de 2017, en cuyo artículo 18, numeral 6, asigna a la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la función de ejercer la defensa del ordenamiento jurídico en las materias de competencia de este Ministerio.

- Copia de la Resolución No. 0641 del 4 de octubre de 2012, por la cual se delega en el Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la representación judicial de la entidad para intervenir en defensa del ordenamiento jurídico en los procesos de nulidad ante el Consejo de Estado.

- Copia de la Resolución 1010 de 2017 por la cual se nombra al suscrito en el cargo de Director Técnico en la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

- Copia del acta de posesión del suscrito en el cargo de Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho.

5. Notificaciones.

Las recibiré en la Calle 53 No. 13-27 de esta ciudad y en el buzón de correo electrónico del Ministerio notificaciones.judiciales@minjusticia.gov.co.

Del Honorable Conjuez,

NÉSTOR SANTIAGO ARÉVALO BARRERO
Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico
C.C. No. 80.467.462 de Villapinzón (Cundinamarca)
T.P. 128.334 del Consejo Superior de la Judicatura

Anexos: lo anunciado.

Elaboró: Ángela María Bautista Pérez, Profesional Especializada.
Revisó y aprobó: Néstor Santiago Arévalo Barrero, Director.

Antecedentes: EXT18-0053186 y EXT18-0052447.

T.R.D. 2300 36.152

https://www.minjusticia.gov.co/Correspondencia/ConsultaCorrespondencia/Default.aspx?id=09G4rDwQ3lAyLx9NjIS6Ug5FalebZy8glwDHcdlAxGs%3D